

EL FUERO DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO PENAL DE ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO. PROBLEMAS PROCESALES*

Carlos Arturo Gómez Pavajeau**
Francisco Javier Farfán Molina***

Resumen: La Constitución Política de Colombia dispone que algunos altos funcionarios, en razón de su investidura, deben ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia (miembros del Congreso de la República) o juzgados por esa misma corporación judicial, previa acusación del Fiscal General de la Nación (artículo 235 numeral 4.º). De igual manera, la Carta Política dispone que el Presidente de la República, los magistrados de las altas Cortes y el fiscal tienen la condición de aforados, en cuanto la investigación

* Fecha de recepción: 23 de agosto de 2015. Fecha de modificación: 1.º de septiembre de 2015. Fecha de aceptación: 15 de enero de 2016. Para citar el artículo: GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y FARFÁN MOLINA, FRANCISCO JAVIER (2015). "El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 37, n.º 101, julio-diciembre de 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 87-132. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v36n101.04>

** Profesor Titular de Derecho Penal y Disciplinario, de la Universidad Externado de Colombia. Cofundador y Consejero Académico del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario y de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario. Coordinador Académico de Barras de la Defensoría del Pueblo y Consultor de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá, D. C., Colombia. Correo-e: gomezpavajeau@hotmail.com

*** Ex Procurador Delegado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Abogado Consultor. Bogotá, D. C., Colombia. Correo-e: ffarfanmolina@hotmail.com

y juzgamiento de estos está atribuida al Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes, y a la Corte Suprema de Justicia, en caso de delitos comunes (artículos 174, 175, 178 numerales 3.º, 4.º y 5.º y 235 numeral 2.º *ibidem*).

El fuero penal y disciplinario de investigación y juzgamiento ha generado un sinnúmero de controversias a nivel doctrinario y jurisprudencial, relacionadas con la competencia exclusiva y excluyente del Fiscal General de la Nación y de los magistrados titulares de la Corte Suprema para adelantar la investigación contra aforados, es decir, sobre la imposibilidad de delegar o comisionar para la práctica de pruebas y diligencias relacionadas con el fuero en tales procesos; el fuero y su relación con el cargo y/o la función; la retención y/o recuperación de la competencia por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tras la renuncia al fuero en procesos por parapolítica; la noción de ejercicio del cargo como fundamento del fuero penal en el caso concreto de los gobernadores encargados; la doble instancia como garantía mínima que deriva de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y lo relacionado con fuero e impunidad en el tema de los juicios políticos o *impeachment*.

Palabras clave: Fuero; Debido proceso; Juez natural; Relación con las funciones desempeñadas; Vicio *in procedendo*; Vulneración de garantías procesales; Competencia privativa; Delegación de la competencia; Estándares internacionales en materia de derechos humanos; Relación con el cargo o función; Indagatoria; Recuperación de la competencia; Parapolítica; Doble instancia; Gobernadores encargados; Doble instancia; Juicios políticos.

LIMITED CRIMINAL JURISDICTION ON INVESTIGATION AND JUDGEMENT OF HIGH-RANKING GOVERNMENT OFFICIALS. PROCEDURAL ISSUES.

Abstract: The Constitution of Colombia provides that certain senior officials, because of their position, should be investigated and tried by the Supreme Court (members of Congress) or by the same Court upon indictment by the General Attorney (art. 235 n. 4). The Constitution provides that the President, the judges of the high courts and the prosecutor also have a special status, as the investigation and prosecution is allocated in the Senate, previous accusation in the House of Representatives, and in the Supreme Court for the common crimes.

The criminal and disciplinary jurisdiction of investigation and prosecution has generated countless controversies at the doctrinal and jurisprudential level, related to the exclusive competence of the Prosecutor General's Office and the judges of the Supreme Court to advance the investigation. In particular, the impossibility of delegating the commission of evidence and proceedings related to jurisdiction in such processes; the courts and their relationship

with the position or function; the retention or recovery of competition by the criminal court room after renouncing the jurisdiction in the parapolitics processes; the notion tenure as a basis for criminal jurisdiction in the case of the governors in charge; a second hearing as a minimum guarantee derived from international standards on human rights and the issue related to jurisdiction and impunity on the subject of political or “impeachment” judgments.

Keywords: Jurisdiction; Due process; Jjurisdiction based on performed functions; Restrictive jurisdiction; Investigation; Recovery competition; Political trials.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El fuero de investigación y juzgamiento se ha catalogado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como una prerrogativa a favor de determinados funcionarios, quienes en virtud del mismo ostentan un poder jurídico para exigir que su caso sea investigado por el Fiscal General de la Nación y juzgado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, es decir, por los funcionarios judiciales de la mayor jerarquía. Es dicha circunstancia la que compensa, a la luz de la citada jurisprudencia, la restricción de otras garantías, como la relacionada con el derecho a la doble instancia.

En este punto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “hace parte de las garantías al debido proceso el *acceso al ‘juez natural’ como funcionario que ejerce la jurisdicción en determinado proceso, de conformidad con la ley*”, y que este fuero especial no está encaminado a la protección personal del funcionario sino a preservar su investidura, con miras a asegurar al máximo la independencia en el juicio¹. Es decir, que conforme a tal punto de vista, el fuero tiene como propósito preservar la autonomía y la independencia legítima de los funcionarios amparados por él.

A su vez la Corte ha señalado que el fuero de altos dignatarios, y en la misma medida, el proceso de única instancia que se les sigue, genera a favor de aquellos dos ventajas: primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores.

El fuero penal especial, de acuerdo con tal enfoque, es además un elemento característico de los estados democráticos, que protege a ciertos altos funcionarios del Estado, de modo que se pueda garantizar la dignidad del cargo y de sus instituciones, al igual que su independencia y autonomía, para que puedan desarrollar las funciones que les han sido encomendadas, todo lo anterior con respeto del debido proceso.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 1993, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; Sentencia C-222 de 1996, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso N° 26585, 17 de septiembre de 2008, Magistrado AUGUSTO IBÁÑEZ, y Corte Constitucional, sentencia C-545 de 2008, M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

Bajo tal forma de entendimiento, el fuero constitucional de investigación y juzgamiento (artículos 174 y 235 de la Constitución), se considera en suma una prerrogativa que busca preservar no la inmunidad del servidor público desde una visión personal, sino desde la función, lo cual explica que el Fiscal General de la Nación o la Corte Suprema de Justicia, según sea el caso, puedan retener la competencia solo en aquellos eventos en que se demuestre que el funcionario ejecutó una conducta que tiene una relación de imputación concreta con la función realizada, así dicha condición en la actualidad no se ostente.

Es en tal sentido que se considera una garantía del debido proceso, ya que los funcionarios cobijados por el mismo ostentan el derecho a ser investigados o juzgados por el juez natural que la Constitución y la ley le señalan, constituyendo el desconocimiento del fuero un vicio *in procedendo* que afecta la validez del proceso o de la actuación, por quebrantamiento de las garantías judiciales y, concretamente, del debido proceso, las formas propias del juicio, el derecho a un juicio justo con todas las garantías y el derecho fundamental a la igualdad.

Debe indicarse que la interpretación de la figura del fuero genera o plantea controversias procesales, cuyo estudio y análisis ha sido abordado por la doctrina y jurisprudencia, no siempre de manera acertada y plausible, toda vez que algunas posiciones sobre el tema no resultan congruentes o en armonía con los estándares internacionales de Derechos Humanos, ni con el sistema de valores, principios y normas que conforman el texto constitucional.

En primer término, y como tópico que inicialmente será materia de estudio, se discute hasta qué punto los aforados constitucionales pueden ser investigados o juzgados por funcionarios diferentes al Fiscal General o a los magistrados titulares de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de los miembros del Congreso, es decir, si resulta jurídicamente viable que los titulares de la competencia pudieren en este evento delegar o comisionar a fiscales Delegados o magistrados auxiliares, respectivamente, para la práctica de pruebas y diligencias estrechamente relacionadas con el fuero (como la indagatoria, por ejemplo), o incluso para tomar las decisiones fundamentales que conforman la estructura lógica del proceso penal.

Es decir, se procura determinar si las pruebas, diligencias y decisiones son delegables cuando existe un proceso penal contra un aforado, o si es el titular de la competencia quien debe asumir directamente las mismas, so pena de que se afecte la validez del procedimiento por vulneración de las garantías procesales.

Debe precisarse desde ahora que antes del Acto Legislativo 006 de 2011, la competencia para investigar y acusar a los aforados constitucionales estaba conferida de manera exclusiva e indelegable al Fiscal General de la Nación. Sin embargo, el mencionado acto legislativo modificó el artículo 251 numeral 1.º de la Constitución, para

permitir que el Fiscal General de la Nación pueda delegar dicha competencia en el vicefiscal y los fiscales Delegados ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

No ocurre lo mismo respecto a la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (art. 235 numeral 3.º de la Constitución), pues en tal evento son los magistrados titulares quienes tienen atribuida la competencia, y no podrían por tanto delegar las decisiones o diligencias inescindiblemente relacionadas con el fuero, como la indagatoria del procesado.

El segundo punto que será materia de análisis se enmarca en precisar qué se entiende por abuso del cargo o de la función, cuando se trata de delitos como el tráfico de influencias, y el planteamiento del asunto tomando como eje de interpretación la jurisprudencia penal sobre el delito de concusión.

El tercer tema relacionado con el fuero penal es el relativo al alcance del artículo 235 parágrafo de la Constitución, conforme al cual “cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

El alcance de la expresión “relación con las funciones desempeñadas” ha sido materia de una abundante jurisprudencia en el tema específico del fuero penal militar; considerando la reiterada y pacífica hermenéutica que indica que solo cuando el hecho investigado pudiere asumirse como una extralimitación o abuso de las funciones o competencias asignadas por la ley, se conservaría el fuero; y a *contrario sensu*, esto es, si no fuere posible vincular la conducta investigada con las funciones que se desempeñaban, el fuero cesaría con la dejación del cargo.

No obstante, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en ostensible desafío de los estándares de Derechos Humanos y de su propia línea jurisprudencial, decidió replantear la postura antes citada, para señalar, en los casos de parapolítica, que los acuerdos celebrados con grupos armados al margen de la ley por personas que posteriormente resultaron elegidos para cargos de elección popular, representan una forma de promoción de dichos grupos, lo cual los hace incurso en el delito de concierto para delinquir, que tiene relación con las funciones desempeñadas, en cuanto lo realizado por los mandatarios seccionales durante el ejercicio del cargo es producto de un acuerdo previo con los grupos ilegales.

Con apoyo en dicha jurisprudencia, la Sala Penal de la Corte decidió mantener o recuperar la competencia para la investigación y juzgamiento de varios congresistas y gobernadores, en procesos por concierto para delinquir por promocionar grupos paramilitares, tras la renuncia de estos al fuero, por la vía de renuncia a sus cargos, o cuando expiró el periodo fijo para el cual fueron elegidos.

En este punto se demostrará cómo la referida postura de la Corte es contraria al bloque de constitucionalidad, y no se encuentra en consonancia con los estándares convencionales, jurisprudenciales, cuasi jurisprudenciales en materia de Derechos Humanos y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el punto.

Un cuarto tema que será abordado es el relativo al alcance de la expresión ejercicio del cargo como fundamento del fuero de investigación y juzgamiento, específicamente en lo relacionado con los gobernadores encargados, quienes en esencia no ejercen el cargo del gobernador sino unas funciones delegadas, lo que impediría el surgimiento de tal prerrogativa, según la interpretación que será postulada y defendida en este trabajo.

Y finalmente, conservando como eje de estudio el tema del fuero de investigación y juzgamiento penal, se reiterará la posición según la cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el tema específico de los juicios políticos o *impeachment*, ha orientado su esfuerzo en construir unas reglas jurisprudenciales tendientes a lograr la impunidad de los altos dignatarios enlistados en el artículo 174 de la Constitución, solo investigables y juzgables por unas cuantas conductas típicas, por rendimiento no satisfactorio y mala conducta, con base en una interpretación manipulada que pervierte la figura del fuero.

2. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE DEL FISCAL GENERAL PARA INVESTIGAR Y/O JUZGAR AFORADOS. LA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS A PARTIR DEL ACTO LEGISLATIVO 06 DE 2011 Y EL DIFERENTE TRATAMIENTO RESPECTO A LOS AFORADOS CONSTITUCIONALES INVESTIGADOS Y JUZGADOS POR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2.1. Marco teórico y línea jurisprudencial

Antes del Acto Legislativo 06 de 2011, existió un consenso a nivel de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria–, en el sentido de que solo el Fiscal General de la Nación ostentaba la competencia para investigar y acusar ante la Corte a los aforados constitucionales, sin que fuera posible en tales casos delegar o comisionar para la práctica de pruebas a los fiscales Delegados, y mucho menos para proferir las providencias o resoluciones.

En el tema concreto, y a través de providencia de 11 de junio de 2008, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero –acta n.º 154–, decretó la nulidad de un proceso adelantado contra un servidor

público amparado con fuero constitucional de investigación y juzgamiento, habida cuenta de que para adelantar la etapa investigativa el Fiscal General de la Nación había trasladado la competencia a un fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Dijo la Corte en dicha providencia que:

... La pretensión del Fiscal General, dirigida a legitimar *a posteriori* la actuación cumplida por el funcionario especialmente designado, no resulta jurídicamente válida en un Estado Social de Derecho donde es pilar fundamental la garantía del debido proceso, estructurado entre otros, por los principios de legalidad y del juez natural de que trata el artículo 29 de la Constitución Política.

Es decir, agrega la Corte, “el Fiscal Delegado dispuso del ejercicio de la acción penal y llevó a cabo actuaciones que correspondían de manera exclusiva y privativa al Fiscal General de la Nación, en tanto que asumió la secuencia de actos del procedimiento aplicable en materia de instrucción propios de aquél, en virtud del fuero que cobija al procesado.

“En estricto sentido, desde el punto de vista procedimental, el acto condición inicial que posibilitaba dictar una decisión limitativa de la libertad personal del procesado, era la apertura de la investigación dispuesta por el mismo funcionario incompetente, actividad que por mandato constitucional le correspondía de manera exclusiva al Fiscal General de la Nación”.

Y luego indica: “Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional y esta Sala, *las actuaciones y las decisiones adoptadas respecto de aforados, deben producirse bajo la inmediata dirección, conocimiento y juicio del Fiscal General de la Nación, no sólo como corolario del mandato constitucional que radica en él la responsabilidad política de tan delicada misión, sino también en respuesta a la considerable trascendencia que las determinaciones adoptadas puedan tener en la vida nacional, dada la naturaleza de los hechos y la alta investidura del agente estatal sindicado*”.

Acorde con esta concepción, la doctrina reiterada y uniforme de la Corte Constitucional y de esta corporación exige que en tales casos “el compromiso jurídico político” que conlleva la toma de decisiones como abrir proceso formal, resolver situación jurídica y calificar, sea asumido en forma personal por el Fiscal General de la Nación”.

Estas razones son, entonces, las que indiscutiblemente llevan a la Sala a declarar la nulidad del proceso adelantado a partir de la resolución de apertura de instrucción, inclusive, pues como ha quedado explicado, este acto (presupuesto procesal de la vinculación del sindicado, de la resolución en virtud de la cual se resolvió situación jurídica, de aquella que cerró investigación

y de la calificación) deviene ilegítimo en la medida que fue adoptado por un funcionario que carecía de competencia, distinto al juez natural (resaltado fuera de texto).

En el mismo sentido, mediante la providencia de marzo 23 de 2007, la magistrada Leonor Perdomo Perdomo, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al resolver en segunda instancia una acción de *habeas corpus*, ordenó la libertad del procesado exdirector del DAS, sobre quien pesaba una medida de detención preventiva proferida por el Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso n.º 10028. Consideró la magistrada que el procesado se encontraba cobijado por fuero constitucional conforme a lo previsto en los artículo 251 numeral 1.º y 235 –parágrafo– de la Carta Política, en razón a que fue vinculado al proceso por conductas desarrolladas con ocasión y en ejercicio de sus funciones².

Según la providencia de *habeas corpus*,

... el parágrafo del artículo 235 de la Carta no autorizaba al Fiscal General de la Nación para designar a un Fiscal Delegado³ como consecuencia de la renuncia del implicado al cargo que desempeñaba, pues dada la condición de aforado del mismo debía retener la competencia. La mencionada providencia cita como precedente aplicable el establecido en la audiencia de marzo 9 de 2007 de la Corte Suprema de Justicia, celebrada en otro proceso en contra del mismo procesado, en la cual se declaró la nulidad de lo actuado en razón a que

-
- 2 Se trata del Proceso Penal adelantado contra un exdirector del DAS. En la primera instancia, el recurso de *habeas corpus* fue resuelto en forma negativa por el Consejo Seccional de la Judicatura, al estimar que no existe irregularidad en el trámite procesal, ni decisiones contrarias a derecho, ni ausencia de competencia, habida cuenta de que, conforme a la normatividad constitucional (artículos 251, numeral 1.º y 235 de la Constitución), cuando los funcionarios aforados hubieren cesado en el ejercicio del cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tuvieran relación con el desempeño de las funciones. En el presente caso, “(...) dentro del ámbito funcional y autónomo que le asistía a la Fiscalía General de la Nación, se consideró jurídico que la situación fáctica imputada a JORGE AURELIO NOGUERA COTES, correspondía a hechos presuntamente ajenos al ejercicio de sus funciones como Director del DAS, sumado a la pérdida de fuero constitucional con ocasión de su renuncia al cargo consular”. Concluyó señalando que “no existen irregularidades dentro del trámite procesal que permitan colegir que respecto del ciudadano Noguera Cotes, se han adoptado decisiones contrarias a derecho (...)”.
 - 3 El Fiscal General, invocando el parágrafo del artículo 235 de la Carta, expidió la resolución 0-1579 del 19 de mayo de 2006, mediante la cual delegó en el Fiscal Segundo ante la Corte, la investigación del proceso 10028 contra JORGE AURELIO NOGUERA, teniendo en cuenta, de una parte, que el procesado había dejado de ser cónsul en Milán y, de otra, que los hechos investigados relacionados con la infiltración de paramilitares en el DAS, y la existencia de listados, muertes y amenazas a sindicalistas y profesores (aglutinadas bajo el tipo de concierto para delinquir), así se hubiesen realizado cuando el procesado se desempeñaba como director del DAS, no guardaban relación alguna con las funciones propias del cargo.

también allí el Fiscal General de la Nación se había desprendido de la competencia y delegado en un Fiscal ante la Corte, mediante acto administrativo⁴.

Estimó así la citada providencia de *habeas corpus* que las actuaciones del Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia eran manifiestamente ilegales, por cuanto fueron proferidos con carencia total de competencia, lo cual implica violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al juez natural y la libertad. Ordenó por tanto la libertad del procesado, y compulsar copias para que se investigue penal y disciplinariamente la conducta del Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Bajo tal perspectiva, es claro que los pronunciamientos de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria-, en esta temática han sido pródigos en puntualizar que la función especial de investigar y acusar a los altos funcionarios que gozan de fuero constitucional radica de manera exclusiva en cabeza del Fiscal General de la Nación, función que por lo mismo es indelegable.

Así las cosas, y a la luz de las premisas antes anotadas, la jurisprudencia de las Cortes consideró en su momento que la totalidad de los actos procesales dictados por el Fiscal Delegado por el Fiscal General, para adelantar la investigación contra aforados, conducen a una vulneración flagrante de las garantías constitucionales del investigado, puesto que tal competencia corresponde de manera exclusiva y excluyente al Fiscal General de la Nación.

Y ello es así, porque se afirmó en dicha línea jurisprudencial que en tal contexto el juicio se encontraba viciado de nulidad por un error *in procedendo* derivado del desconocimiento del fuero de investigación en cabeza del Fiscal General de la Nación, lo que conduce a una violación de las garantías judiciales del procesado y, concretamente, del principio de juez natural, las formas propias del juicio, el derecho a un juicio justo con todas las garantías y el derecho fundamental a la igualdad, por las razones antes anotadas.

La validez de una sentencia, debe anotarse, depende de la validez del proceso:

... Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más.

4 Providencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el proceso n.º 26840, en el que es procesado un exdirector del DAS, por el delito de fraude a resolución judicial.

La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada.

... si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá o carece de soporte necesario, como lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Castillo Petruzzi⁵.

Tal panorama, sin embargo, se modificó sustancialmente con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 06 de 2011, que modifica el artículo 251 numeral 1.º de la Constitución, y en el cual se establece como función especial del Fiscal General “investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus Delegados de la Unidad de Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, a los servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución”.

Así las cosas, tras la mencionada modificación de la Carta Política, le es permitido al Fiscal General de la Nación delegar en el Vicefiscal o en sus delegados ante la Corte, la competencia para investigar o acusar ante la Corte Suprema de Justicia a los aforados constitucionales señalados en el artículo 235 numeral 4º de la Constitución, con lo cual, en este punto concreto, la jurisprudencia antes mencionada sobre imposibilidad para el Fiscal General de delegar en los procesos penales contra aforados, queda definitivamente revaluada.

No obstante lo anterior, es necesario precisar que dicha disposición se refiere única y exclusivamente a los aforados que investiga y acusa el Fiscal General de la Nación, y no cobija por tanto los casos en los que es la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la corporación judicial competente para investigar y juzgar aforados constitucionales, conforme a lo previsto en el artículo 235 numeral 3.º de la Constitución, según el cual la Corte tiene atribuciones para “investigar y juzgar a los miembros del Congreso”.

En tal sentido, resulta claro que al mantenerse intacto en su literalidad y sentido el artículo 235 numeral 3.º de la Constitución, cuando se trate de procesos penales contra aforados constitucionales, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia o el magistrado no están en posibilidad de delegar o comisionar la práctica de diligencias vinculadas sustancialmente con el fuero, tales como la indagatoria o las decisiones que integran la estructura lógica del proceso, como órdenes de allanamiento de morada, interceptaciones de comunicaciones, etc.

5 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi, sentencia de fondo del 30 de mayo de 1999.

En otros términos, so pena de afectar la validez de la actuación por cuenta de la vulneración de las garantías judiciales de juez natural e igualdad, no es posible que el magistrado de la Corte que investiga y acusa al aforado constitucional comisione en los magistrados auxiliares de la Sala Penal de la Corte la práctica de diligencias como la indagatoria, o que traslade al competencia para adoptar las decisiones fundamentales del proceso, como la resolución de la situación jurídica, la imposición de medida de aseguramiento, el archivo, la preclusión o la resolución acusatoria, entre otros.

2.2. La indagatoria como acto procesal vinculado con el fuero constitucional, razón por la cual solo puede ser practicada por un magistrado titular

La Carta Política establece un fuero constitucional para los miembros del Congreso de la República, puesto que señala que una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia es la de “investigar y juzgar a los miembros del Congreso” (artículo 235).

La Corte Suprema de Justicia y su Sala de Casación Penal están integradas por magistrados, quienes son los funcionarios competentes de que habla la norma anterior (artículos 15 y 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

La jurisprudencia de la Corte, desde hace mucho tiempo, ha venido precisando que aquellos actos procesales vinculados necesariamente con el fuero constitucional, como resultan ser la facultad de ordenar apertura de investigación, orden de vinculación procesal a través de indagatoria o declaratoria de persona ausente, cierre de investigación, calificación del mérito probatorio del sumario, etc., solo pueden ser asumidos por el juez competente señalado en la Carta Política.

Uno de los cambios fundamentales que sufrió la ley procesal con la expedición de la Ley 600 de 2000 fue poner a tono las normas y ritualidades procesales con la Carta Política y los derechos fundamentales; de allí que se haya establecido que el proceso garantizará el respeto por la dignidad humana, se integran al procedimiento las normas que en materia de garantía se hallan consagradas en la Carta Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia y que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este Código” (artículos 1, 2^[6] y 10).

6 Sobre este artículo –9 de la Ley 600 de 2000– tiene dicho la jurisprudencia constitucional: “El sentido de esta norma no es otro que el de reiterar la garantía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la de aquellos reconocidos en los tratados y convenios Internacionales, e incluso la de otros derechos de este mismo rango que no tienen o no han tenido reconocimiento expreso en el ordenamiento constitucional ni en los tratados y convenios mencionados. Esto último de acuerdo con lo prescrito por el artículo 94 superior, según el cual ‘(La) enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como

De manera específica, los cambios y ajustes constitucionales se manifestaron, entre otras normas, en el inciso 3.º del artículo 338, al disponer que finalizado el interrogatorio del indagado, “se le pondrá de presente la imputación jurídica provisional”.

Tal acto procesal está conectado lógicamente y funcionalmente con otros que se constituyen en la esencia de los actos complejos de imputación, como lo son la indicación de los “fundamentos de la decisión” que debe contener el auto de apertura de investigación (artículo 331), la imputación contenida en el auto que resuelve situación jurídica (artículo 354) y el acto formal de acusación constituido por la resolución de acusación (artículos 395, 397 y 398), siendo complementario de este el auto que varía la calificación jurídica (artículo 404).

Tales actos procesales solo pueden ser llevados a cabo por el funcionario competente que para el efecto establece la Carta Política, pues de conformidad con el fuero constitucional, es el único autorizado para realizar actos de imputación.

Así lo ratifica el artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, puesto que entiende que la función jurisdiccional se lleva a cabo por “las Corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria”.

Si lo hace un magistrado auxiliar, que por cierto ni siquiera tiene la calidad de funcionario judicial como lo exige el artículo 333 de la Ley 600 de 2000, ello implica una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso en tanto desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (artículo 29 de la Carta Política y numerales 1.º y 2.º del artículo 306 de la Ley 600 de 2000).

En efecto, el artículo 125 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala quiénes tienen la calidad de funcionarios judiciales, denominación no aplicable a los mencionados servidores.

Los funcionarios judiciales, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 125, tienen que ver con la función de administrar justicia, aspecto con el cual se encuentra ligado el acto de imputación de cargos.

Sobre la interpretación constitucional de tales normas se dijo:

Con todo, conviene aclarar –y así se hará en la parte resolutive de esta providencia– que los magistrados auxiliares que pertenecen a las altas cortes de la rama judicial, habida cuenta de la naturaleza de las responsabilidades legales

negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”;

Sentencia C-1291 de 5 de diciembre de 2001, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

que les corresponde desempeñar, en particular el de colaborar con el despacho del respectivo magistrado, *se encuentran facultados para la práctica de las pruebas* que les sean comisionadas por el titular del despacho judicial⁷ (resaltado fuera de texto).

Significa lo anterior que, aun no siendo funcionarios judiciales, los magistrados auxiliares pueden realizar, por virtud de comisión, algunas diligencias, pero las mismas se reducen a la “práctica de pruebas”, mas no la realización de una indagatoria y sobre todo cuando la misma comporta la necesidad de efectuar una imputación jurídica de cargos.

Sobre la comisión tiene dicho también la Corte Constitucional, lo cual se aplica al caso presente *mutatis mutandi*:

... Tal es el sentido de toda comisión, entendida como procedimiento especial destinado al debido cumplimiento de una diligencia judicial por funcionario distinto de aquel a quien corresponde normalmente, ante circunstancias que impiden su ejecución directa por este.

La comisión no representa en ese sentido una delegación de la jurisdicción, que sería completamente inadmisibles a la luz de la Carta, sino un medio eficaz de garantizar que se administre pronta y cumplida justicia merced a la oportuna ejecución de actos procesales que de otra forma no podrían llevarse a cabo, al menos con la rapidez requerida.

Desde luego, el hecho de comisionar a un funcionario para la práctica de pruebas o diligencias no implica que se renuncie a la función principal..., pues se comisiona de manera concreta y determinada, *reservándose el comitente la decisión en aquellas materias que son propias de su competencia exclusiva*⁸ (resaltado fuera de texto).

Ni ley ni la jurisprudencia pueden desconocer lo anterior, pues la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia integra el bloque de constitucionalidad, por tanto el alcance del inciso 1.º del artículo 84 de la Ley 600 de 2000 tiene que ser interpretado a partir de los límites fijados por la Sentencia C-037 de 1996.

Tales precedentes judiciales son de obligatorio acatamiento y hacen parte, además, de lo que se denomina la doctrina constitucional de conformidad con las sentencias C-037 de 1996, C-236 de 2001 y C-335 de 2008.

7 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

8 Ibídem, Sentencia C-396 de 1994.

Es de anotar que sobre este punto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte ha estimado que en los procesos penales contra aforados los magistrados auxiliares sí pueden practicar pruebas, pues así lo señala el artículo 18 de la Ley 1285 de 2009, que introdujo una disposición normativa al artículo 93 de la Ley 270 de 1996. Así también se aceptó en la Sentencia C-7113 de 2008, proferida por la Corte Constitucional. Y ello es así, según la Corte, por cuanto que los magistrados auxiliares son funcionarios judiciales por analogía.

Y agrega que en realidad los magistrados auxiliares no actúan por virtud de comisión, sino por mandato de instrucción, pues hacen parte de la corporación al “ser funcionalmente de la entraña de la Sala”.

Sin embargo, tal posición de la Corte no resulta plausible, pues la referida sentencia de la Corte Constitucional es clara en manifestar que es factible que algunos empleados puedan cumplir algunas funciones judiciales, pero advierte que tal admisión implica entenderla “siempre y cuando ello ocurra de manera excepcional, no implique la toma de decisiones que por su naturaleza son exclusivamente jurisdiccionales, ni suponga investir de jurisdicción a quien no ostenta la calidad de funcionario”.

Pues bien, las excepciones las consagra la norma mencionada y las reitera la Corte Constitucional: “la facultad de ser comisionados para (i) practicar pruebas” y “(ii) adoptar decisiones de trámite o sustanciación para resolver los recursos presentados en relación con dichas pruebas”.

Todas, absolutamente todas las facultades expresa y específicamente mencionadas, indiscutiblemente taxativas, deben canalizarse por la vía de la “comisión”, siendo claro además que las facultades en este tema se restringen a la práctica de pruebas y se sabe muy bien que la indagatoria es más que eso, pues importa como acto procesal complejo:

- a) Un medio de defensa;
- b) Una eventual práctica de pruebas si llegare a producirse una confesión; y,
- c) Un mecanismo de imputación de cargos de naturaleza provisional.

Lo cierto y evidente son sus características a) y c), pues la b) resulta meramente contingente o eventual.

La indagatoria, sin más ni más, no es prueba, pues como tal no aparece enlistada en el artículo 233 de la Ley 600 de 2000, ni en ninguna otra disposición normativa.

Así entonces, ni por lo señalado en jurisprudencias citadas, como tampoco por lo dispuesto en la reforma al artículo 93 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia C-713 de

2008, puede llegarse a la conclusión de que la indagatoria es una prueba y por tanto los magistrados auxiliares están autorizados para llevarla a cabo.

En el lenguaje de la Ley 270 de 1996, una cosa es una prueba y otra una diligencia, tal como se advierte a partir del numeral 4º del artículo 60A, de manera que extender el sentido de lo que es prueba a la indagatoria resulta contrario a la normatividad.

No se discute que el acto de imputación jurídica está inescindiblemente vinculado al fuero constitucional; en consecuencia, privativo del juez natural designado para el efecto por la Carta Política, de allí que comisionar para la práctica de indagatoria a un magistrado auxiliar comporta desconocer que la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-713 de 2008 que “los magistrados auxiliares pueden ser comisionados para practicar pruebas”, empero, ello supone que “no implique la toma de decisiones que por su naturaleza son exclusivamente jurisdiccionales, ni suponga investir de jurisdicción a quien no ostenta la calidad de funcionario”.

Pues bien, el acto de imputar cargos es una decisión típicamente jurisdiccional y comisionar para ello a quien no es funcionario judicial, se repite con la Corte Constitucional de conformidad con el artículo 125 de la Ley 270 de 1996, implica investirlo de jurisdicción, especialmente cuando se encuentra de por medio un fuero constitucional.

La Sentencia C-713 de 2009 precisó que los actos de “*dirección*” del proceso son en esencia judiciales, razón por la cual la manera como se concebía la comisión para realizar diligencias de conciliación era inconstitucional; ahora, con mayor razón, es inconstitucional la comisión para realizar la indagatoria, pues indiscutiblemente la realización de un acto de imputación de cargos es en esencia un acto de “*dirección*”, sobre todo cuando se involucra el fuero constitucional de que da cuenta el numeral 3.º del artículo 235 de la Carta Política.

No pueden efectuarse ejercicios analógicos ante la claridad meridiana de la jurisprudencia constitucional y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que tiene rango superior a la Ley 600 de 2000.

Si bien las magistraturas auxiliares son parte del engranaje funcional de la Corte Suprema de Justicia, ello debe entenderse en el marco de la Carta Política y la Ley 270 de 1996, pues de lo contrario se vaciaría de contenido a los artículos 6, 122 y 123 de la primera.

Los ejercicios analógicos solo son permitidos, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido”.

Pero además, si la Ley 270 de 1996 definió quién es funcionario judicial, respetando la sustancialidad material del concepto, según el cual solo lo son quienes “*adminis-*

tren justicia” –sentencias C-037 de 1996 y C-713 de 2008–, puesto que, se dice en esta última, “los magistrados auxiliares cumplen importantes tareas de colaboración al interior del despacho, en su calidad de empleados de la Rama Judicial, pero como no son autoridades administrativas el Legislador no puede asignarles el ejercicio excepcional de funciones judiciales previstas en el artículo 116 de la Carta Política”; con toda razón, agregamos, mucho menos cuando se encuentra de por medio un fuero constitucional.

La Ley 270 de 1996 define quién es funcionario judicial, también así lo tiene dicho el precedente judicial constitucional consolidado; entonces, al tenor de las sentencias C-836 de 2001 y C-335 de 2008, es imperativo su respeto, toda vez que, como dice el Código Civil en su artículo 28, “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Por tanto, no es válido el argumento del cuerpo que pertenece a la entraña de la Corte Suprema, pues ello equivale a buscar un espíritu del legislador incompatible con el artículo 27 del Código Civil, por demás cuando el tema está suficientemente claro, en la medida en que son, aunque significativamente valiosos los magistrado auxiliares, colaboradores de los titulares.

Si fue declarada inconstitucional la comisión para practicar diligencias de conciliación, pues ello implica administrar justicia en la medida en que encarnan “actos de alta trascendencia”, cómo negar que ello es asunto de igual categoría, cuando se encuentra de por medio la noción de juez natural ante un fuero constitucional. Nótese como la Corte Constitucional también dice que la práctica de diligencias resulta constitucional, pues allí el magistrado auxiliar es “solo receptor de pruebas”, esto es, no puede realizar actos de alta trascendencia (Sentencia C-713 de 2008).

Y, es claro, la jurisprudencia citada consideró inconstitucional la práctica de diligencias de conciliación por parte de magistrados auxiliares, actividad propia de la llamada justicia alternativa, que por cierto aun por lo desformalizada implica que “la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes” (artículo 8 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009), bajo el entendido de que tal actuación es de naturaleza judicial, con mayor razón el acto de imputación de cargos que debe efectuarse en la diligencia de indagatoria en el marco de la justicia tradicional.

No sobra advertir que la posición aquí defendida está en sintonía con lo preceptuado en el artículo 171 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el cual indica:

El juez practicará personalmente todas las pruebas. Si no lo pudiere hacer por razón del territorio o por otras causas podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción.

Excepcionalmente, podrá comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos indicados en este artículo.

Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial. No obstante, la Corte Suprema de Justicia podrá comisionar cuando lo estime conveniente.

Las facultades, atribuciones y competencias oficiales son regladas, pues así lo demanda el debido proceso; lo contrario es echar mano de la teoría de las facultades implícitas, lo cual resulta contrario a la cláusula del Estado de Derecho (artículo 1 de la Carta Política).

El artículo 121 de la Carta Política señala, de manera perentoria, que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Por ello, ante todo es preciso resaltar que “de conformidad con el principio constitucional de legalidad, las autoridades públicas solo podrán realizar las actuaciones que constituyan un desarrollo directo de las funciones a ellas asignadas por la Constitución y la ley”⁹. Ello es claro, puesto que “en el Estado de derecho la posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas. Al individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. *Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido*”¹⁰.

3. El fuero y su relación con el cargo y/o la función

Uno de los ejes fundamentales de interpretación para definir la fuente y presupuestos del fuero de investigación y juzgamiento penal, ha sido sin duda la configuración

9 Corte Constitucional, Sentencia C-1026 de 2001.

10 Ídem, Sentencia C-429 de 2001.

estructural del delito de concusión y las reglas que sobre el alcance del mismo se han fijado a nivel jurisprudencial.

Respecto del delito de concusión, debe indicarse que este se puede realizar por el servidor público por “abuso del cargo” o por “abuso de sus funciones”. Se entiende como abuso de funciones cuando “se aprovecha de modo indebido la vinculación que este –funcionario público– pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones”¹¹.

Cuando la imputación es en razón de la calidad o investidura, se ha dicho que “no es preciso que el hecho ejecutado corresponda exactamente a la competencia funcional del agente del delito”¹².

Esto es, cuando se imputa el cargo por abuso de las funciones se tiene que, por una interpretación a *contrario sensu* de lo anotado, la conducta realizada tiene que ser de aquellas propias de la función.

La jurisprudencia ha establecido que, para los efectos del parágrafo del artículo 235 de la Carta Política, se requiere que el delito cometido para conservar el fuero constitucional, si el congresista deja el cargo, “tiene que tener relación con las funciones desempeñadas”, para lo cual se hizo un listado de funciones a partir de los artículos 150 de la Constitución y 6 de la Ley 5 de 1992¹³. Esto es, solo se conserva el fuero si los hechos fueron cometidos “por razón o con ocasión de la función congresional”¹⁴, de tal manera que de “llegar a perderse tal investidura, el fuero se conserva solo para aquellos hechos punibles relacionados con el desempeño de las funciones”¹⁵.

En similares situaciones, como sucede con el fuero militar, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que el fuero solo se mantiene respecto de “actividades

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de julio 31 de 1984, M.P. FABIO CALDERÓN BOTERO, en *Jurisprudencia Penal 1984*, Compilador ALFONSO REYES ECHANDÍA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 75.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de julio 30 de 1982, M.P. DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Jurisprudencia Penal 1982*, Compilador ALFONSO REYES ECHANDÍA. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985, pp. 84 y 85. Reitera el auto de noviembre 13 de 1980, con ponencia del mismo magistrado.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de febrero 15 de 1995, M.P. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia Penal Primer Semestre 1995*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 1995, pp. 7 y 8.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de marzo 6 de 1997, M.P. CARLOS MEJÍA ESCOBAR, en *Jurisprudencia Penal Primer Semestre 1997*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 1997, pp. 21 y 22.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de octubre 7 de 1992, M.P. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia Penal Segundo Semestre 1992*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 1992, pp. 93 y 94.

relacionadas con el servicio”¹⁶. Por ello se demanda que el fuero solo se mantiene si existe relación con las funciones, pues el abuso del cargo o de la investidura no “requiere que el hecho sea ejecutado en desarrollo de la competencia funcional del agente”, por lo que en tal evento “no lo cobija el privilegio foral”¹⁷.

Es decir, se infiere de lo anterior, pues se trataba de un evento de concusión llevado a cabo por un policial, que si la imputación se efectuaba por “abuso del cargo o la investidura”, no se conservaba el fuero castrense, lo cual aparece manifiesto y explícito en jurisprudencia posterior, que aclara el problema del fuero y la concusión, el cual solo se mantiene cuando el delito tiene que ver con el abuso de la función¹⁸.

La jurisprudencia constitucional tiene claramente dicho que “hace parte de las garantías al debido proceso el *acceso al ‘juez natural’ como funcionario que ejerce la jurisdicción en determinado proceso, de conformidad con la ley*”¹⁹; por tanto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 29 y 235 de la Carta Política, muy especialmente por lo que se desprende del parágrafo del último artículo mencionado, todo lo cual tiene cabal refrendación por lo estipulado en el numeral 7.º del artículo 75, en armonía con el artículo 11 de la Ley 600 de 2000, la Corte Suprema carece de competencia en procesos contra aforados por concusión en su modalidad de abuso del cargo, cuando este ya no está ejerciendo el mismo.

Así también lo tiene establecido la jurisprudencia penal, pues ha dicho, con fundamento en dichas normas, que “cuando el funcionario hubiese cesado en el ejercicio del cargo, el fuero se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”²⁰.

La distinción que hace el artículo 411 del Código Penal, para los efectos de la competencia funcional, no puede ser soslayada, pues una cosa es actuar por virtud del ejercicio del cargo y otra, muy diferente, en ejercicio de sus funciones.

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de octubre 25 de 1988, M.P. LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, en *Jurisprudencia Penal Segundo Semestre 1988*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 1988, pp. 395 a 397.

17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de febrero 3 de 1987, M.P. JAIME GIRALDO ÁNGEL, en *Jurisprudencia Penal Primer Semestre 1987*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 1987, pp. 7 a 9.

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de septiembre 25 de 1991, M.P. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, en *Jurisprudencia Penal Segundo Semestre 1991*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 1991, pp. 353 y 354.

19 Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2009, M.P. JORGE PRETELT CHALJUB.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de septiembre 1.º de 2009, radicado 31.653 y sentencia de octubre 1.º de 2009, radicado 29.110.

Por ello si la imputación se ha efectuado sobre la base del abuso del cargo o inversión, en el auto de apertura de investigación o en el que resuelve la situación jurídica, no es posible que una vez se cese en el ejercicio del cargo, se mantenga el fuero, *pues las conductas punibles desempeñadas no guardan relación con las funciones que han sido ejercidas*, y por ende, la hipótesis no se enmarca en las exigencias y presupuestos que demanda el artículo 235, parágrafo, de la Constitución.

Incluso, si en la resolución de acusación se habla de abuso de la función, resulta imperativo que se cite la norma que describa cuál fue la función en que se excedió el acusado, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Política, cuando contempla el fenómeno jurídico de la “extralimitación de funciones”. Sin que resulte admisible, materialmente, aducir más allá de la mera afirmación, en qué consistió la extralimitación en el ejercicio de la funciones.

4. La retención y/o recuperación de la competencia por parte de la Sala Penal de la Corte tras la renuncia al fuero en procesos por parapolítica

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia diseñó una jurisprudencia según la cual el concierto para delinquir que se configura mediante acuerdos para promover grupos armados al margen de la ley, y concretamente los grupos paramilitares, es, al igual que el concierto simple, un delito de carácter permanente, que se continúa ejecutando mientras el autor permanezca en el cargo público de elección popular, al que logró acceder con el apoyo de los grupos ilegales.

Y ello es así, según la Corte, por cuanto la persona que logra un convenio con los paramilitares para que auspicien su elección a un cargo público, actúa en la respectiva corporación o dignidad como un representante de los grupos ilegales, resguardando los intereses de quienes ayudaron a elegirlo:

... En el Congreso de la República, por ejemplo, constituyó tarea esencial de los parlamentarios elegidos por los grupos paramilitares impulsar estatutos legales que favorecieran el quehacer de su compañía delictiva, hecho que, por ejemplo, explica el apoyo incondicional de algunos legisladores a los proyectos de ley de alternatividad penal que buscaban un altísimo grado de impunidad para los crímenes cometidos por las bandas a las que debían fidelidad, tarea en la que finalmente se consensuó una alta porción de verdad y reparación con unos niveles de justicia mutilados e insuficientes que hacen clamar al cielo por el resultado final: impunidad²¹.

21 Adición de voto Magistrado YESID RAMÍREZ. Sentencia del 23 de febrero 2010. Rad. 32805.

Por tal motivo, y con apoyo en tal postura, en los eventos de renuncia al fuero por vía de renuncia al cargo, en el caso de los congresistas o los gobernadores que estén siendo investigados o juzgados por la Corte por concierto para delinquir, la corporación mantiene la competencia para investigarlos y juzgarlos, ya que el delito de concierto para delinquir, de conformidad con las premisas planteadas, *guarda relación con las funciones que desempeñan en el poder legislativo o en la entidad territorial*, y por ello la previsión del artículo 235, parágrafo, de la Constitución legitima la extensión del fuero en el presente caso²².

Y ello es así, por cuanto

El tipo objetivo de concierto para delinquir implica el acuerdo para cometer delitos, independientemente de los que se cometan. Las conductas realizadas por el ex Gobernador (...) son una manifestación clara de su pertenencia y permanencia a las AUC, la cual no terminó con su elección, sino que se prolongó en el tiempo durante el ejercicio de su mandato, a tal punto, que como integrante del concierto, puso la función constitucional que le correspondía cumplir, al servicio de la organización de la cual hacía parte, *por manera que, no se puede escindir el concierto para delinquir de las funciones constitucionales propias de los Gobernadores*, que entregó a los comandantes del grupo delictivo al margen de la ley.

Por tanto, aunque el pacto que llevó a (...) ser elegido Gobernador del departamento de Sucre para el período 2004 2007 fue acordado antes de su posesión, el convenio se perpetuó en el tiempo y continuó en la permanente puesta en peligro del bien jurídico Seguridad Pública, como lo demuestran las actuaciones posteriores, que en ejercicio de sus funciones realizó el Gobernador, entre ellas, el nombramiento de los secretarios de Educación y Hacienda; y la delegación de funciones en el Secretario de Educación, de quien se probó sin duda alguna la relación con el extinto paramilitar RODRIGO MERCADO PELUFFO, alias “CADENA”, líder indiscutible de las Autodefensas Unidas de Colombia (*Radicado 31943 – 9 de septiembre de 2009 Sentencia anticipada en contra del ex gobernador Jorge Eliecer Anaya Hernández por el delito de concierto para delinquir Agravado*) (resaltado fuera de texto).

La Sala Penal de la Corte venía entendiendo que como la comisión de delitos comunes no se encontraba dentro de “las funciones desempeñadas” por los congresistas y gobernadores, esto es, las señaladas en la propia Constitución Política y en la ley,

22 Artículo 335, parágrafo, de la Constitución: “Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

ante la renuncia al fuero por parte del procesado por un delito de esta naturaleza, perdía la Corte la competencia para seguirlo juzgando, según el caso.

Sin embargo, a través de providencia del primero de septiembre de 2009, radicación n.º 31653, la Sala resolvió variar dicho criterio, para considerar desde entonces que es posible retener, e inclusive “*recuperar*” la competencia para juzgar a los gobernadores y congresistas cuando el delito que se le impute sea común (concierto para delinquir por promover grupos armados al margen de la ley), así se haya renunciado al fuero, por cuanto “*las funciones*” a que se refiere la Carta política no hacen relación con las asignadas en la Constitución y la ley, *sino a cualquier otra conducta que esté ligada o fácticamente sea consecuencia de ellas, que configure incluso un delito común*, como la promoción de grupos armados al margen de la ley, así esta resulte tipificada como delito común.

Concretamente, la Corte señaló en la citada decisión que

... también ocurre que durante el desempeño del cargo, el aforado ejecuta conductas delictivas, no propias de la función, *pero sí íntimamente ligadas con ella*, como podría suceder, a título de ejemplo, con el congresista o Gobernador que bajo el pretexto de hacer proselitismo político, se reúne con jefes de grupos armados al margen de la ley, en aras de asegurar apoyo logístico que le permita conservar la curul en las elecciones venideras, a cambio de prebendas tales como otorgar –de inmediato y dada la condición de senador o representante que para ese momento se ostenta– contratos a esos grupos.

Puede suceder que un aspirante a una curul en el congreso o en una entidad territorial reciba dineros para adelantar su campaña, con el compromiso de que una vez alcanzado el propósito se erigirá representante o emisario en el seno congresional de quienes favorecieron ilícitamente la elección.

En tal caso, la investidura y la tarea desarrollada en el Congreso por el aforado no resultan ajenas a ese hecho fundacional concreto o, en otras palabras, *no se puede sostener que ese manejo proselitista previo no tiene relación con las funciones desempeñadas, cuando no se duda que las dichas funciones representan cumplimiento de lo pactado previamente*.

Bajo tal contexto, la “relación” existente entre “las conductas punibles” realizadas por un congresista y/ o Gobernador y “las funciones desempeñadas”, son las ejecutadas *por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo*; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad pública, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones.

De acuerdo con esta postura, la expresión “en relación con las funciones desempeñadas” no puede seguirse considerando como referida a los llamados “delitos propios”, pues de así admitirlo, se estaría reconociendo “un requisito adicional a los previstos en la Constitución Política”, pues, si bien, ciertamente, respecto de los “delitos propios” el fuero se mantiene en cuanto se trate de conductas inherentes al ejercicio de la función pública que corresponde a los aforados del artículo 235 de la Constitución (artículos 150 y ss. de la Carta Política), pero a la par de ello, se debe acudir al referido párrafo del artículo 235 de la Constitución cuando no se trata específicamente de “delitos propios”, sino de punibles “*que tengan relación con las funciones desempeñadas*”, siempre que de su contexto se advierta el vínculo con la función pública propia de la entidad en la cual ejerció sus funciones el procesado.

Ello, bajo el entendido, de que esta “(...) relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza *por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo*; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional o del Gobernador, en este caso, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones”.

Así, “el papel de un congresista o gobernador en las citadas organizaciones armadas al margen de la ley, cuyo objetivo era el de acceder al poder por medio no ortodoxos e ilegales ajenos a los canales democráticos, *no podía* ser diverso al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como servidor público; entonces, *ingenuo* resulta pensar solamente en asistencias aleatorias a las reuniones, o en calidad de simple y llano espectador o bien porque los delincuentes lo consideraban “importante” para la sociedad”.

Por ello, “debe reiterarse, según la posición de la Sala Penal de la Corte, que el párrafo del artículo 235 constitucional no establece que las conductas a través de las cuales se dota de competencia a la Corte sean realizadas *durante* el desempeño como Gobernador, sino simplemente *que tengan relación con las funciones desempeñadas*, de tal suerte que resulta factible que el comportamiento o *iter* criminal pueda iniciarse antes de acceder a la curul y consumarse o agotarse con posterioridad a la dejación del cargo, sin que por ello se pierda la condición de aforado para efectos penales[...] (resaltado fuera de texto).

Bajo tal contexto, según la nueva postura de la Sala Penal de la Corte, la “relación” existente entre “las conductas punibles” realizadas por un congresista y/o gobernador y “las funciones desempeñadas”, son las ejecutadas *por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo*; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad pública, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias se constituya en medio y oportunidad propicia

para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones.

No obstante, este nuevo enfoque no solo es contrario a la reiterada jurisprudencia de la misma Corte Suprema de justicia y a las decisiones de la Corte Constitucional donde precisa el concepto constitucionalmente adecuado de lo que debe entenderse por “*delitos relacionados con el servicio*”, sino que se opone de manera ostensible a los estándares jurisprudenciales y cuasi jurisprudenciales elaborados al respecto por la Corte Constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando se han pronunciado sobre el sentido y alcance de la citada expresión, particularmente en lo relacionado con violaciones de Derechos Humanos cometidos por miembros de la fuerza pública.

Conviene advertir que el Derecho es lenguaje y por ende se encuentra afectado, en muchos eventos, por la indeterminación lingüística, que en este terreno se denomina “indeterminación normativa”. Por tal motivo, ningún texto legal se descifra a sí mismo, y debe estar sujeto, por tanto, a que su marco semántico se establezca mediante reglas de interpretación, que en materia constitucional no coinciden con las postuladas para la interpretación de la ley.

Bajo tal marco de entendimiento, para fijar el significado de un texto o el alcance de una expresión constitucional afectada por la indeterminación, en el sentido de ambigüedad, el intérprete ha de acudir a principios específicos de interpretación constitucional, y no solo a las reglas establecidas en el Código Civil para tales fines.

Entre tales principios se destaca la interpretación de la Constitución conforme a los estándares internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales ostentan fuerza normativa, es decir, son de carácter obligatorio y vinculante para los poderes públicos, incluida desde luego la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tales estándares son convencionales, jurisprudenciales, cuasi jurisprudenciales y de *soft law* o Derecho suave, el cual se asume como Derecho internacional en formación, y es un concepto que incluye fundamentalmente las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y las recomendaciones y opiniones emitidas por expertos, como es el caso de los protocolos de Minnessota y Estambul, donde se establecen buenas prácticas forenses para la investigación eficaz de ejecuciones extrajudiciales y tortura.

Todos los estándares internacionales en esta materia están dotados de valor normativo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, y condicionan por tanto la interpretación de los textos constitucionales (Sentencia C-370 de 2006, Corte Constitucional), en cuanto los mismos se integran al concepto de bloque de constitucionalidad que aparece consagrado en el artículo 93 de la Carta Política.

Pues bien, en este terreno conviene destacar que los estándares internacionales establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado en forma reiterada lo que debe entenderse por “*delitos relacionados con el servicio*”, específicamente en el tema de violaciones de Derechos Humanos cometidos por miembros de la fuerza pública, en punto del fuero penal militar.

Dicha perspectiva de interpretación de los organismos internacionales ha sido respaldada por la reiterada y homogénea jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, e incluso por la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; entonces, con base en tales antecedentes, se encuentra suficientemente decantado el concepto de delitos relacionados con el servicio, el cual es único y no admite matizaciones o posibilidad de establecer diversos conceptos constitucionalmente adecuados al respecto, dependiendo de la categoría del servidor público sometido al *ius puniendi* estatal.

En otros términos, lo que debe entenderse por “*delitos relacionados con el servicio*”, para efectos de la fijación de los fueros de investigación y juzgamiento, se encuentra históricamente señalado en la abundante jurisprudencia de la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, fuentes que por su carácter obligatorio y vinculante condicionan la actuación de todos los poderes públicos, incluida la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que no ostenta atribuciones para manipular a su antojo y de manera arbitraria el alcance de los textos constitucionales, en contravía de lo señalado por los estándares internacionales al respecto.

Y es aquí donde aparece la discrepancia de conceptos en el seno de la jurisprudencia de la Sala, entre la sostenida desde que entró en vigencia la actual Constitución Política de 1991 y la ahora propuesta en decisión del primero de septiembre de 2009, y reiterada el primero de octubre de 2009, en cuanto se ha venido a entender que esas conductas no son las realizadas en ejercicio de las funciones constitucionales y legales fijadas a los congresistas y gobernadores, sino cualquier otra, entre las que se encontrarían los denominados delitos comunes.

Así, en Sentencia C-561 de 1997, enfatizó la Corte Constitucional Colombiana, cómo

... Para que un delito común cometido por un miembro de la fuerza pública sea objeto del conocimiento de la justicia penal militar y, por ende, se le apliquen las normas contenidas en el Código Penal Militar, se requiere: primero, que dicho sujeto sea miembro activo del cuerpo militar o policial, y segundo, que el ilícito se produzca en el ejercicio de actos del servicio, es decir, de las tareas o funciones que el constituyente y el legislador le han asignado a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional. En consecuencia, no son todos los delitos comunes los que debe investigar y juzgar la justicia penal militar, sino

única y exclusivamente aquellos *que guardan íntima relación de conexidad con los actos propios de la función pública que le corresponde desarrollar a la fuerza pública* (resaltado fuera de texto).

Y en Sentencia C-358 de 1997, posteriormente expuso:

... El miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencional imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

Al señalar la relación que debe existir entre el delito y la función, que precisa debe ser “*directa y próxima con la función policiva*”, enfatiza la Corte en el referido fallo:

... La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable *debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva*. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial (resaltado fuera de texto).

E insistiendo en el vínculo entre el delito y las funciones, al descartar para su establecimiento la “relación abstracta”, sostiene:

... Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder

ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.

Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron *ab initio* criminales.

En relación con la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia, había postulado también, desde antiguo, idéntico criterio, pudiéndose ilustrar esta posición jurisprudencial con lo afirmado por esa Corporación en sentencia de 2 de octubre de 2003, con ponencia de la magistrada Marina Pulido Barón, cuando al estudiar la temática relacionada con los delitos militares cometidos “en relación con el servicio”, recopilando los antecedentes sobre este tópico, dijo:

... En lo que tiene que ver con el concepto “relación con el servicio”, la jurisprudencia se ha ocupado de él, el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que, tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Conforme a la *interpretación restrictiva* que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio– que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública (resaltado fuera de texto).

Tal punto de vista ha sido igualmente fijado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones constituyen, como ya se indicó, estándares internacionales jurisprudenciales en materia de Derechos Humanos, y por tanto de obligatorio acatamiento para los Estados que, a través de la suscripción y ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se han com-

prometido con la comunidad internacional al respeto de los derechos reconocidos convencionalmente, y entre ellos el debido proceso, la legalidad y el juez natural.

Así, en el caso *Dural y Ugarte vs. Perú*, mediante sentencia del 16 de agosto de 2000 la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que

... el alcance del fuero penal militar es restrictivo y excepcional, y se refiere al concepto de delitos relacionados con el servicio como aquellos que afectan bienes propios del orden militar y que pueden asumirse como ejecutados en desarrollo de la función que la Constitución confiere a las fuerzas militares, es decir, *como una extralimitación o abuso de poder*, lo cual descarta las conductas ejecutadas con ocasión del servicio o por razón de éste (resaltado fuera de texto).

Por otra parte, en el caso *Las Palmeras*, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que

... la jurisdicción militar se establece por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias²³.

Por ello, *cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso*, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia (resaltado fuera de texto)²⁴.

Así las cosas, y siendo entonces que en el nuevo criterio de la Sala, las conductas delictivas relacionadas con la función pública atribuibles a los congresistas y Gobernadores en los términos del parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, son aquellas que se realizan “*por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo*”, resulta evidente que tal enfoque contrasta y desafía toda la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y los diversos pronunciamientos de los organismos internacionales de supervisión y control de los derechos humanos en punto del concepto y alcance de la relación de servicio para efectos de establecer el fuero penal militar, lo que *guarda iguales connotaciones en*

23 Corte IDH. Caso *Las Palmeras*, Sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 52; *Caso Cantoral Benavides*, párr. 112 y *Caso Castillo Petruzzi y Otros*. Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 128.

24 Corte IDH. Caso *Las Palmeras*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, párr. 52; *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 112; *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 128; *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia del 5 de julio de 2005, párr. 167.

tratándose del fenómeno aquí planteado, siendo por tanto, aplicables esos conceptos y exigencias al presente caso.

Tal como lo ha afirmado la Corte Constitucional en la sentencia transcrita en lo pertinente, para que surja el fuero,

... debe existir un vínculo claro de origen entre el delito cometido y la actividad del servicio, esto es, que el hecho punible debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia de sus funciones”, debiendo ser ese vínculo “entre el delito y la actividad propia del servicio” “propio y directo, y no puramente hipotético y abstracto”, es decir, que tratándose de una “extralimitación o abuso del poder”, el delito común debe estar “ligado directamente a una función propia de las funciones” del congresista o Gobernador y, a contrario sensu, “si no se mantiene esa correspondencia entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, no se estará frente a un delito relacionado con el servicio”, como se colige del referido fallo.

Pero además, como también lo han sostenido esas Corporaciones, “si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la fuerza pública y el hecho punible del actor”, ya que, “en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales”. Es decir, que si la finalidad de un Congresista o Gobernador era utilizar su investidura para promover los grupos paramilitares en virtud del acuerdo previo en tal sentido, “no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento (...) estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales” (resaltado fuera de texto).

Es que desde una perspectiva de lógica formal, quien se extralimita en la función, la ejerce pero excediéndose en sus límites, mientras que cuando el funcionario comete un delito común, como el concierto para delinquir, no está extralimitando la función, sino realizando una conducta fuera de la función, y en estas condiciones, no puede estar amparada del fuero constitucional para su juzgamiento por parte de la Corte.

En consonancia con dicha línea argumentativa, es claro que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le confiere al artículo 235 de la Constitución, y concretamente a su parágrafo, un alcance y sentido que no deriva de su texto, si el mismo se interpreta con apoyo en el concepto constitucionalmente adecuado de “relación de servicio”, conforme se desprende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de

las decisiones de los organismos internacionales de Derechos Humanos, cuya fuerza vinculante para las autoridades judiciales no admite discusión alguna.

5. La noción de ejercicio del cargo como fundamento del fuero penal. El caso concreto de los gobernadores encargados

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte ha considerado que los gobernadores encargados mantienen la condición de aforados una vez cesa el ejercicio del encargo, en relación con las conductas punibles relacionadas de manera específica, concreta y real con las funciones desempeñadas.

Según la Corte, “pese a no cumplir actualmente esas funciones el fuero constitucional se prorroga debido a la evidente conexión entre los delitos imputados y el encargo por él desempeñado en ese momento”²⁵.

Sin embargo, al respecto debe repararse en que el numeral 4.º del artículo 235 de la Carta Política otorga competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las conductas realizadas por “*los gobernadores*”, haciendo clara y especial referencia al cargo desempeñado y no a la función. La función cumple un papel secundario, pues en principio se tiene que se protege el cargo, pues la alta corporación conoce, mientras se encuentre un sujeto como gobernador, de las conductas llevadas a cabo incluso antes de que se asumiera el cargo y solo conocerá de las realizadas durante el desempeño del cargo si las “*mismas tienen relación con la función desempeñada*” (párrafo ídem).

Como se puede notar, muy fácilmente, a partir de una interpretación gramatical literal, pero además exegética, *el fuero viene determinado por el ejercicio del cargo* y solo, cuando ya el mismo no se ostente, si los hechos ocurridos durante su desempeño tuvieron relación con el servicio.

No puede ser menos, toda vez que lo contrario sería tanto como entender que las interpretaciones sobre competencia y fuero pueden ser extendidas y analógicas, rompiendo el carácter restrictivo y excepcional de la institución del “*fuero constitucional*”.

Es claro que, tratándose de fuero, el llamado a conocer de un proceso contra el aforado es el que de manera expresa y clara se señale como tal, pues en todos los demás

25 Sentencia del 18 de diciembre de 2013 proferida dentro del proceso de única instancia n.º 42.133, adelantado por los delitos de prevaricato por acción y peculado por aplicación oficial diferente, contra ARIEL ISAÍAS ARTEAGA DÍAZ, gobernador encargado del Departamento de Córdoba. En el mismo sentido, la sentencia del 7 de julio de 2010, dentro del proceso de única instancia n.º 28.508 seguido contra ÓSCAR EDUARDO RIAÑO ALONSO, gobernador encargado del Departamento de Boyacá, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales y peculado por apropiación.

casos el competente es el juez natural que representa la idea de igualdad (artículo 13 de la Carta Política); por lo tanto, ir más allá de la letra y la exégesis de la norma que contempla el fuero resulta tanto como abordar competencia por la vía de la analogía, que estaría dada por el “*ejercicio de funciones*”, cuando tal elemento apenas cumple un papel secundario.

Así lo refrenda el numeral 6.º del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, al remitirse a la letra del numeral 4.º del artículo 235 constitucional, introduciendo mayor claridad, puesto que el inciso que se encuentra a continuación del numeral 7.º del artículo 75 primeramente nombrado, señala con inigualable claridad que “*los funcionarios*” a que se refieren los numerales señalados solo conservarán como juez excepcional la alta corporación cuando se trate de un tema funcional.

El ejercicio del cargo y no el de las funciones es el determinante, así:

- a) Conductas ocurridas antes del ejercicio del cargo, pero sin relación alguna con las funciones, reclama fuero;
- b) Conductas ocurridas en el ejercicio del cargo sin relación algunas con las funciones, reclama el fuero si se mantiene en el cargo;
- c) Conductas ocurridas durante el ejercicio del cargo y con ejercicio de funciones, reclama el fuero aún después de cesado el cargo, y
- d) Conductas ocurridas durante el cargo, pero sin su ejercicio, sin relación con el cargo y después de haber cesado aquél, rechaza el fuero.

El elemento “*fundante*” del fuero es el cargo, pues él es el que mantiene en todos los casos la competencia foral, toda vez que, cuando desaparece, también lo hace el fuero. De manera tal que, en lógica de los conceptos, por virtud del principio de identidad y tercero excluido, dentro del marco del principio de razón suficiente, el fuero está determinado por el ejercicio del cargo, por eso se refiere la ley procesal a “*los funcionarios*” mencionados por el fuero constitucional, que no son otros que “*los gobernadores*”.

El ejercicio de funciones, como se puede apreciar, solo sirve como criterio auxiliar para la determinación del fuero, toda vez que apenas obra como un elemento “*co-fundante*” de la competencia foral.

Así también lo sugiere una interpretación teleológica, puesto que con la asunción de la competencia foral se está arrasando con el principio de la doble instancia, toda vez que la Corte Suprema de Justicia conoce de dichos casos en “*única instancia*”.

Sin duda alguna, ello afecta el derecho fundamental a la doble instancia, consagrado en el artículo 29 y 31 de la Carta Política, como también los artículos 4 y 93

ibídem, toda vez que se estaría haciendo prevalecer una interpretación de la “*Parte Orgánica*” de la Constitución por encima de lo que determina la “*Parte Dogmática o Filosófica*”, llevándose de contera lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello ha dicho la Corte Constitucional que toda institución y toda norma de la Carta Política debe interpretarse bajo la idea de que

... los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”. Por tanto “la parte orgánica de la misma –Carta Política– solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma... No es posible, entonces, interpretar una institución... por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales²⁶.

En el contraste entre normas internacionales y normas nacionales, también se encuentra prohibida toda limitación por estas cuando los estándares de garantías de aquellas sean superiores, según lo establece el artículo 29 –sobre “*Normas de Interpretación*”– de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala de manera clara en su literal a) que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir que un Estado nacional, grupo o persona pueda “*suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*”.

Por ello, el mismo artículo en su literal d) enseña que ninguna disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos puede ser interpretada en el sentido de “*excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”.

Así, la Declaración Americana sobre Derechos Deberes del Hombre dispone que los Derechos Humanos en ella consagrados deben entenderse apenas como “*un sistema inicial de protección*”, por lo que necesariamente se entiende como un punto de partida pero no como un punto de llegada, habida cuenta que “*deberán fortalecerse cada vez más en el campo internacional*” (Considerando n.º 4), proclamando en su Considerando n.º 3, que “*la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución*” (resaltado fuera de texto).

La aparente contradicción entre leyes internacionales y nacionales no existe, puesto que, en aplicación del artículo 93 de la Carta Política, aquellas se encuentran incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional.

26 Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P. CIRO ANGARITA BARÓN.

Tales normas son principios que deben ser respetados, los cuales son emanaciones explícitas de la Carta Política, por supuesto con calidad de vigencia y nivel vinculante de principio rector en los términos del valor jurídico a ellos asignado: “*las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación*” (artículo 13 del Código Penal). Pero además, por cuanto las normas internacionales sobre Derechos Humanos se encuentran incorporadas a la Ley 600 de 2000, según se puede observar en su artículo 2.

Significa lo anterior, sin más ni más, que las normas rectoras, o mejor los principios rectores, se utilizan para darle alcance a las normas-reglas, esto es, a los desarrollos de las mismas, pero no al contrario, es decir, darle contenido y sentido a los principios rectores a través de las normas-reglas.

No en vano, pues, el artículo 9 señala que la actuación procesal se desarrollará “*teniendo en cuenta el respeto a los derechos humanos de los sujetos procesales*”; el artículo 10 precisa que el debido proceso se organizará de conformidad con el acceso efectivo a la administración de justicia, lo cual se rompe si se elimina la segunda instancia; se lesiona igualmente la noción del juez natural, según el artículo 11, y, de paso, también se niega que la finalidad del proceso es la efectividad del derecho sustancial y entre sus especificaciones está la doble instancia (artículos 16 y 18).

Ello en concordancia con el artículo 24 de la Ley 600 de 2000, según el cual “*las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de éste Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación*”.

Así, si el investigado no ostenta la calidad de aforado, debe ser adelantada la actuación por un fiscal seccional, a efecto de preservar el debido proceso, el principio de juez natural y el derecho a la doble instancia.

La competencia de los fiscales está determinada por la que les atribuye la ley a los jueces penales ante quienes actúan, y en tal sentido, encuentran limitadas sus atribuciones a la investigación de los delitos concretos que fallarán dichos jueces.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que el artículo 28 de la Constitución indica que “*nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente*”, la orden de captura emitida por un fiscal incompetente implica la ilegalidad de la misma.

Si bien el Fiscal General de la Nación tiene competencia para designar fiscales especiales para el conocimiento de casos que no son de la competencia funcional de estos, lo que se desplaza es el funcionario, no las funciones, y por tanto, si un fiscal delegado ante la Corte recibe una asignación especial para investigar un caso cuyo

competente es un fiscal delegado ante jueces penales del Circuito, el delegado ante la Corte actuará en dicho proceso en ejercicio de las competencias de fiscal seccional, sin que sea posible transformar o alterar, como consecuencia del desplazamiento, las reglas propias de los procesos de doble instancia.

En consecuencia, y conforme a lo antes señalado, resulta evidente que un proceso adelantado contra un gobernador encargado como aforado es manifiestamente ilegal, por ser violatorio del debido proceso, el principio de juez natural y el derecho a la doble instancia, por cuanto un fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para adelantar una investigación de esa índole, toda vez que la calidad de aforado constitucional, como se indicó, se adquiere es por el ejercicio del cargo de gobernador y no por el simple ejercicio de la función que se ha recepcionado por delegación del titular.

6. Doble instancia y fuero. La doble instancia como garantía mínima que deriva de los estándares internacionales en materia de derechos humanos

La constitucionalidad de los procesos de única instancia ha sido respaldada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-040 de 2002, en la cual declaró exequibles las expresiones “en única instancia” y “privativamente en única instancia”, contenidas en el artículo 39 de la Ley 446 de 1998. En dicha decisión dijo la Corte que

... Es lo cierto que la consagración de la doble instancia tiene un vínculo estrecho con el debido proceso y el derecho a la defensa, ya que busca la protección de los derechos de quienes acuden al aparato estatal en busca de justicia. Sin embargo, la posibilidad de apelar una sentencia adversa no hace parte del contenido esencial del derecho a la defensa, pues la propia Constitución en su artículo 31 establece que el legislador podrá consagrar excepciones al principio general, según el cual toda sentencia es apelable o consultable. *El principio de la doble instancia no reviste en tal sentido un carácter absoluto, ya que la procedencia de la apelación puede ser determinada por el legislador, de acuerdo con la naturaleza del proceso, la providencia, y la calidad o el monto del agravio referido a la respectiva parte.*

En la misma línea, mediante Sentencia C-934 de 15 de noviembre de 2006, la Corte Constitucional declaró exequibles los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, que habilitan el juzgamiento en única instancia de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los funcionarios aforados. Al respecto, señaló:

... Los procesos de única instancia adelantados contra aforados constitucionales están concebidos sobre la base de entregar a un solo órgano las funciones de investigación y juzgamiento, con intermediación y controversia en la práctica

de la prueba, con lo cual se garantiza en grado sumo el derecho de defensa y demás garantías procesales: porque asegura el adelantamiento de un juicio que corresponde a la jerarquía del funcionario, en razón a la importancia de la institución a la cual este pertenece, de sus responsabilidades y trascendencia de su investidura. Y en segundo lugar, porque ese juicio se adelanta ante un órgano plural, con conocimiento especializado en la materia, integrado por profesionales que reúnen los requisitos para ser Magistrados del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, que es además el órgano de cierre de esta jurisdicción, que tiene a su cargo la interpretación de la ley penal y asegurar el respeto de la misma a través del recurso de casación.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también se ha referido en reiteradas oportunidades al tema ya citado, ratificando la postura de la Corte Constitucional sobre la compatibilidad de los procesos de única instancia con el debido proceso y el derecho a la defensa, a la luz de la Carta Política y de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Colombia²⁷.

Sin embargo, se ha estimado en un sector de la doctrina crítica que el fuero penal quebranta ciertamente garantías judiciales mínimas que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho a la doble instancia, lo cual conduce que tal privilegio no se considere por esta postura acorde con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos.

Y en efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* tiene dicho:

141. El artículo 8 de la Convención Americana establece, en lo conducente, 1... 2...

(...)

h). Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

(...)

144. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos

27 Sentencias de única instancia del 19 de diciembre de 1997 Rad. n.º 26118 y del 26 de enero de 2010, Rad. n.º 23802.

internacionalmente consagrados²⁸. El *artículo 8 de la Convención* establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado²⁹.

145. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas³⁰.

(...)

148. La Corte analizará las alegadas violaciones del *artículo 8 de la Convención*, para lo cual, en primer término se referirá al derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior contemplado en el *artículo 8.2.h. de la Convención Americana*,...

a). Derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior (*artículo 8.2.h. de la Convención*).

(...)

157. El *artículo 8.2.h. de la Convención Americana* dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, ‘de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’.

158. La Corte considera que *el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada*. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evi-

28 Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 20, párr. 142; *Caso “Cinco Pensionistas”*, *supra* nota 107, párr. 163; y *Caso de los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros). Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63, párr. 220.

29 *Caso de los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros), *supra* nota 108, párr. 220.

30 Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C n.º 104, párr. 79; *Caso Cantos*. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C n.º 97, párr. 59; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79, párr. 135.

tar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

159. *La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto...*

(...)

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos³¹, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien *los Estados* tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, *no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo*. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos³².

(...)

164. *La posibilidad de ‘recurrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.*

165. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.

(...)

168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de

31 Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia del 28 de noviembre de 2003. Serie C n.º 104, párr. 95; *Caso Cantos. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85, párr. 37; y *Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares*, *supra* nota 24, párr. 86.

32 Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*, *supra* nota 115, párr. 77; *Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 7, párr. 117; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 20, párr. 121.

dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa (Resaltado fuera de texto).

Tan importante resulta la segunda instancia como derecho constitucional fundamental, que para efecto de cumplir con presupuestos procesales para la admisibilidad de demandas ante el Sistema Interamericano, cuando dicho derecho fundamental convencional se omite, no resulta necesario cumplir con la “*regla del agotamiento de los recursos internos*”, toda vez que se constata con su inexistencia legal la “*ausencia del debido proceso legal para la protección del derecho*”³³.

La doctrina especializada da cuenta de cómo cada día son mayores los reconocimientos que los tribunales constitucionales de los Estados partes hacen del valor vinculante de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, lo cual va configurando una costumbre regional e internacional³⁴.

La Corte Constitucional colombiana ha precisado sobre el valor jurídico de la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre Derechos Humanos:

La Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: “... se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Solo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales³⁵.

En fin, la jurisprudencia de los tribunales es “*un criterio relevante para fijar el parámetro de control de normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano*”, puesto que contiene la interpretación auténtica de los Derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual se cita la Sentencia

33 MEJÍA CAMILO. “Alcance y límites a la regla del agotamiento de los recursos internos en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Apuntes sobre el Sistema Interamericano III*, PAOLA ANDREA CASTRO ALVARADO (coord.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 72 y ss.

34 Cfr. ROMERO PÉREZ, Ob.cit, pp. 54 y ss.

35 Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001, M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES.

C-370 de 2006, por medio de la cual “*se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia*” de dicha corte internacional³⁶.

Por otra parte, las *garantías mínimas* de orden internacional consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos rezan que toda persona condenada tiene el derecho fundamental a que su situación sea revisada por un “*tribunal superior*” (numeral 5.º del artículo 14).

De una forma más clara, el artículo 8 sobre “*Garantías Judiciales*” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que se afirma no solo como garantía penal sino judicial en sentido general, naturaleza de la cual goza el incluso el Derecho Disciplinario, lo que confirma el numeral 1.º –*de cualquier otro carácter*–, señala en su literal h) del numeral 2.º, que toda persona tiene derecho a “*recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

Tales normas son principios que deben ser respetados, los cuales son emanaciones explícitas de la Carta Política, por supuesto con calidad de vigencia y nivel vinculante de principio rector en los términos del valor jurídico a ellos asignado: “*las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación*” (artículo 13 del Código Penal). Pero además, por cuanto las normas internacionales sobre Derechos Humanos se encuentran incorporadas a la Ley 600 de 2000, según se puede observar en su artículo 2.

Significa lo anterior, sin más ni más, que las normas rectoras, o mejor los principios rectores, se utilizan para darles alcance a las normas-reglas, esto es, a los desarrollos de las mismas, pero no al contrario, es decir, darles contenido y sentido a los principios rectores a través de las normas-reglas.

No en vano, pues, el artículo 9 señala que la actuación procesal se desarrollará “*teniendo en cuenta el respeto a los derechos humanos de los sujetos procesales*”; el artículo 10 precisa que el debido proceso se organizará de conformidad con el acceso efectivo a la administración de justicia, lo cual se rompe si se elimina la segunda instancia; se lesiona igualmente la noción del juez natural, según el artículo 11; y, de paso, también se niega que la finalidad del proceso es la efectividad del derecho sustancial y entre sus especificaciones está la doble instancia (artículos 16 y 18).

En tal punto se enfatiza en la aplicación imperativa del artículo 24 de la Ley 600 de 2000, según el cual “*las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de éste Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación*”.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-442 de 2011, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Recordemos finalmente que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos dicen que tal impugnación debe ser ante un tribunal o juez superior, sin que como tal exista para efecto de la competencia en única instancia de la Corte Suprema de Justicia (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza que toda persona condenada tiene el derecho fundamental a que su situación sea revisada por un “tribunal superior” –numeral 5.º del artículo 14– y el artículo 8 sobre “Garantías Judiciales”, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala en su literal h) del numeral 2.º, que toda persona tiene derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”).

En efecto, se ha dicho por la Corte Constitucional:

La conformidad de la legislación interna con los tratados internacionales y con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano con otros estados o con entidades supranacionales es exigida con mayor rigor por la Constitución Política cuando se trata de la aplicación y el ejercicio de los derechos fundamentales, según resulta con nitidez meridiana del artículo 93 de la Carta Política, a cuyo tenor los tratados y convenios internacionales que hubiere aprobado el Congreso y ratificado el Ejecutivo, mediante los cuales se reconocen los derechos humanos y en los que se prohíbe su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno³⁷.

Con apoyo en tales premisas argumentativas, no cabe duda de que la institución de los fueros de investigación y juzgamiento penal no guardan armonía con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, al resultar irreconciliable e incompatible con la idea de un debido proceso con todas las garantías, no obstante que la Corte Constitucional Colombiana ha sostenido lo contrario en su Jurisprudencia vinculante, considerándolo “una garantía institucional de mayor control, freno y contrapeso, tal como corresponde al sistema jurídico en el Estado de Derecho”³⁸.

7. Fuero e impunidad en el tema de los juicios políticos o *impeachment*

Se refiere el *impeachment* a los procesos que por responsabilidad de tipo político se contemplan contra el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo de Estado y contra el Fiscal General de la Nación (artículos 174 y 178 numeral 3.º de la Constitución Nacional).

37 Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 1996, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Es de anotar que la acusación de tales funcionarios por parte de la Cámara de representantes ante el Senado, constituye un requisito de procedibilidad para que pueda adquirir competencia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por la comisión de delitos que tengan asignada pena privativa de la libertad, pues el Senado es la entidad competente para declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa por tales delitos (artículo 175 numeral 3.º de la Constitución).

Hay que anotar, sin embargo, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha pervertido tal figura, liberando de toda responsabilidad a los magistrados de las altas Cortes.

Debe precisarse que en un Estado Social de Derecho todo servidor público está sujeto a un control, que debe ejercerse sobre todo funcionario sin discriminación alguna. Empero, la Corte Constitucional, con apoyo en una interpretación acomodada de las normas constitucionales, se ha librado a ella misma y a los demás miembros de las altas cortes, del control disciplinario que se pudiera ejercer sobre ellos.

Y ello es así por cuanto, a través de la citada jurisprudencia, se han erigido como funcionarios judiciales de primera, en contraposición a los de segunda, por cuanto solo son investigables y juzgables por unas cuantas conductas típicas y no por las reglas y deberes del derecho disciplinario común a todos los demás servidores públicos.

Así, en la sentencia C- 417 de 1993, con ponencia del Magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, señaló la Corte Constitucional que

... La Constitución Política ha plasmado una estructura institucional coherente dentro de la cual el Presidente de la República, los magistrados de las altas corporaciones mencionadas en la norma y el Fiscal General de la Nación gozan de fuero especial en lo que concierne a su juzgamiento.

Señala el artículo 174 de la Carta que “corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

Por su parte, el artículo 178 establece que la Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones:

“3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República, o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a

los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación”.

El numeral 4 del mismo artículo atribuye a la Cámara:

“4. Conocer las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas la acusación ante el Senado”.

De las transcritas normas se desprende que los citados funcionarios, dada su alta investidura y la necesaria autonomía en el ejercicio de sus atribuciones, únicamente están sometidos al escrutinio y juicio del Senado de la República, cuando incurran en las faltas que la Constitución contempla, y al de la Corte Suprema de Justicia –Sala Penal– cuando se trate de la comisión de delitos. Por tanto, en razón del mismo fuero, se hallan excluidos del poder disciplinario del Consejo Superior de la Judicatura que, en los términos del artículo 257, numeral 3, de la Constitución, ha de ejercerse por dicha Corporación sobre los funcionarios de la Rama Judicial carentes de fuero y sobre los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.

Se trata de garantizar, como lo hace la Constitución mediante tales normas, que no exista ninguna clase de interferencia por parte de unos órganos judiciales en las funciones que ejercen otros con igual rango constitucional. Ello armoniza con la garantía de autonomía funcional de los jueces plasmada en sus artículos 228 y 230 de la Constitución.

Debe dejarse en claro que las faltas que pueden servir de fundamento a una posible acusación contra dichos funcionarios son tan solo las constitucionales, es decir las que establece el artículo 233 de la Carta Política: rendimiento no satisfactorio y mala conducta, el primero previa evaluación de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (artículos 256, numeral 4, de la Constitución y 11, numeral 5, del Decreto 2652 de 1991) y la segunda de acuerdo con la tipificación que de las causas que la configuran haga la ley (artículo 124 C.N.).

Dice así la norma:

Artículo 233.- Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y *permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso*” (subraya la Corte).

Obsérvese que, a diferencia de la Constitución anterior, en cuyo artículo 102 se preveían también causas legales para dicho juzgamiento ante el Senado, el artículo 178, numeral 3, del actual ordenamiento circunscribe los procesos que puede adelantar esa Corporación *a causas constitucionales*.

La manipulación de la interpretación es evidente. Por la vía del fuero constitucional, que es además un fenómeno procesal, se condiciona el derecho material aplicable y se releva a los Magistrados del cumplimiento de la ley disciplinaria. Con tal decisión se ha subvertido el orden constitucional y se han creado fisuras irreconciliables e incompatibles con el Estado de Derecho y el principio de igualdad³⁹.

En este punto, sin embargo, debe tomarse en consideración que la Ley 734 de 200, en su artículo 49, estableció que las faltas disciplinarias gravísimas contempladas en el artículo 48 para todos los servidores públicos “constituyen causales de mala conducta para los efectos señalados en el artículo 175 numeral 2.º de la Constitución, cuando fueren realizadas por el Presidente de la República, Magistrados de las altas Cortes y Fiscal General de la Nación”, fijando así la ley el contenido de la causal constitucional de mala conducta en este punto específico.

39 Un sector de la doctrina respalda tal posición de la Corte Constitucional, indicando que “Al presidente de la República y demás altos dignatarios enlistados en el artículo 174 de la Constitución, no se les aplica el régimen disciplinario previsto para los demás servidores públicos, en cuanto sólo pueden ser investigables y sancionables por el Congreso (La Cámara de Representantes investiga y formula acusación y el Senado adelanta el Juicio e impone la sanción que corresponde), por indignidad por mala conducta y por la comisión de delitos. Se debe tener en cuenta que conforme al artículo 49 de la ley 734 de 2002, las faltas disciplinarias previstas en el artículo 48, constituyen causales de mala conducta, para los efectos del numeral 2 del artículo 175 de la Constitución, disposiciones que serán aplicables al Presidente de la República, a los Magistrados de las altas Cortes, y al Fiscal General, en los procesos que les adelante el Congreso de la República. Así, el Congreso no podrá investigar a juzgar a dichos funcionarios por conductas distintas ni imponer sanciones diferentes a la destitución del empleo o privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, las cuales pueden verse como sanciones disciplinarias, similares a las que contempla esa ley, o también asumirse como un tipo de sanción especial, por el fin que persigue. Sobre el presidente y los otros funcionarios mencionados no opera el sistema de control disciplinario interno y carecen de superior jerárquico para todos los efectos disciplinarios. Técnicamente no cabría hablar de régimen disciplinario aplicable a estos funcionarios, y aun cuando la misma Constitución y la Corte Constitucional en ocasiones se han referido a éste como un fuero disciplinario, conviene revisar tal denominación porque la misma puede no ser de recibo en esta clase especial de procesos. Debe precisarse, además, que el Senado no se puede ocupar de ningún proceso contra estos altos funcionarios, si previamente la Cámara de Representantes no presenta acusación en su contra. De igual manera, la Corte Suprema de Justicia no puede examinar la conducta delictiva en este punto, sean estas cometidas en ejercicio de sus funciones o como delitos comunes, si el Senado no declara que hay lugar a seguirle causa pro las mismas. Así, dada la forma como está prevista esta institución, sólo se puede endilgar responsabilidad a tales funcionarios por indignidad por mala conducta o pro la comisión de delitos, y sólo el Congreso de la República tiene la competencia constitucional para ello, sin que ninguna otra entidad ostente atribuciones para adelantar tal investigación o juicio”, en BRITO RUÍZ, FERNANDO. *Juicio al Presidente de la República*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación-Instituto de Estudios del Ministerio Público. 1.ª ed., pp. 101 a 105.

Tal camino jurisprudencial ha seguido orondo su curso de privilegio y descontrol de la actividad de los Magistrados de las altas Cortes, al establecerse que estos tampoco son responsables civilmente por las decisiones que les corresponde proferir:

... ¿Respecto de las providencias proferidas por las altas corporaciones que hacen parte de la rama judicial, cuál es la autoridad llamada a definir los casos en que existe un error jurisdiccional? Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción; así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto a la Corte Constitucional (art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema de Justicia (art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (art. 237 C.P.) y para la jurisdiccional disciplinaria a la correspondiente sala del Consejo Superior de la Judicatura (art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la Carta le confiere a cada una de esas corporaciones, quizás la característica más importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares. En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público.

En virtud de lo anterior, la Corte juzga que la exequibilidad del presente artículo debe condicionarse a que no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la rama judicial, una responsabilidad del Estado a propósito del error jurisdiccional, pues ello equivaldría a reconocer que por encima de los órganos límite se encuentran otros órganos superiores, con lo cual, se insiste, se comprometería en forma grave uno de los pilares esenciales de todo Estado de derecho, cual es la seguridad jurídica. Por lo demás, cabe anotar que es materia de ley ordinaria la definición del órgano competente y del procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error en que incurran las demás autoridades judiciales pertenecientes a esta rama del poder público⁴⁰.

Como si lo anterior fuera poco, se tiene adicionalmente que muy a pesar de que la Corte Constitucional había precisado de una u otra forma el carácter jurisdiccional

40 Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

de las actuaciones relacionadas con el *impeachment*, en sentencias C-198 de 1994, C- 22 de 1996, C-245 de 1996, C-385 de 1996, C-386 de 1996, C- 563 de 1996 y C-148 de 1997, en las cuales se ratificaba el carácter jurisdiccional de tales actuaciones y por tanto el control sobre los servidores competentes como resulta sobre todo el administrador de justicia (artículos 6, 116, 186 y 235 numeral 1.º de la Constitución Nacional), en sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999, y en una oscura mezcla de funciones judiciales y políticas, con ponencia de ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y CARLOS GAVIRIA DÍAZ, definió la total irresponsabilidad penal y disciplinaria de los congresistas en las actuaciones vinculadas con tal institución.

De manera que los controlados –magistrados de las altas Cortes– se encuentran librados de control, y los que los controlan –los congresistas–, tampoco tiene control alguno.

Dicha situación pretende ser matizada por el acto legislativo de equilibrio de poderes recientemente aprobado, en el cual se crea el Tribunal de aforados para la investigación y acusación de los magistrados de las Cortes, el Fiscal General ante la Corte Suprema de Justicia, con lo cual el juicio político quedaría circunscrito única y exclusivamente al Presidente de la República.

Así, se mantiene la Comisión de Acusaciones para el Presidente de la República y los miembros de la Comisión de Aforados; esta nueva comisión ejerce control disciplinario y acusa penalmente a los altos funcionarios del Estado ante la Corte Suprema de Justicia, aboliendo tácitamente la responsabilidad política.

BIBLIOGRAFÍA

BARRACA MAIRAL, JAVIER (2000). *La clave de los valores*. Madrid: Unión Editorial.

BRITO RUÍZ, FERNANDO (s.f.). *Juicio al Presidente de la República*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Primera Edición.

ECHEVERRI URUBURU, ÁLVARO (1994). “El trasplante del llamado Juicio Político o *impeachment* a nuestro ordenamiento constitucional”, en *Revista Jurisdiccional Disciplinaria* n.º 3. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

FARFÁN MOLINA, FRANCISCO (2013). “Concierto para delinquir. Análisis dogmático y línea jurisprudencial”, en *Reflexiones de derecho penal y procesal penal*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO (2002). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JALVO, BELÉN MARINA (2001). *El régimen Disciplinario de los Funcionarios públicos*. Valladolid: Lex Nova.

MANZANA LAGUARDA, RAFAEL (1996). *Derechos y Deberes del Funcionario Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MEJÍA, CAMILO (2012). “Alcance y límites a la regla del agotamiento de los recurso internos en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Apuntes sobre el Sistema Interamericano III*, PAOLA ANDREA CASTRO ALVARADO (coord.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ORTELL RAMOS, MANUEL y TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL (s.f.). *El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Aranzadi.

VÉLEZ VÉLEZ, FEDERICO (2000). “‘El *impeachment*’ presidencial en Latinoamérica: Corrupción o ardid político”, en *Sindéresis* n.º 1. Revista de la Auditoría General de la República.